

〔講演会開催記事〕

フェルディナンド・ヴォレンシュレーガー
「EU 化および離脱の兆しにみる
ドイツ行政法の憲法化と脱憲法化」

明治大学第 362 回スタッフセミナー開催記事

〈Report on the 362nd Staff Seminar of Meiji University〉
Ferdinand Wollenschläger, Konstitutionalisierung
und Dekonstitutionalisierung des Verwaltungsrechts
im Zeichen von Europäisierung und Emanzipation

清 野 幾久子

I 本講演会の概要

2017 年 1 月 31 日（火）17：30 より 19：00 まで、本学アカデミー・コモン 8
階 308E において、Augsburg 大学の Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger⁽¹⁾

-
- (1) 1976 年、ドイツ・ヴェルツブルク生まれ。講演会当時 40 歳で、アウグスブルク大学法学部で、公法（憲法，行政法），ヨーロッパ法，公経済法（Öffentliches Wirtschaftsrecht）の講座主任教授をつとめる，ドイツ内外で活躍する非常に優秀な新進気鋭の学者である。研究の巾も広く，また現代的問題についての興味関心も強く，生命倫理や医事法についての論文も多数である。日本との関係でいえば，2014 年に早稲田大学で「予測的遺伝子診断における基本権の衝突」という講演を行っており，これについては，同大学の甲斐克則教授，天田悠法学研究科博士後期課程院生（講演会当時）による翻訳が，『比較法学』49-2 号（2015 年）に掲載されている。

(フェルディナンド・ヴォレンシュレーガー教授)による講演会「EU化および離脱の兆しにみる ドイツ行政法の憲法化と脱憲法化」(ドイツ語原題: Konstitutionalisierung und Dekonstitutionalisierung des Verwaltungsrechts im Zeichen von Europäisierung und Emanzipation)を開催した。本講演会は、明治大学国際連携本部の援助を得て、明治大学第362回スタッフセミナーとしての開催となった。

参加者数は、本法科大学院スタッフ8名を含む学内者、学外者合計で48名であり、講演会終了後はアカデミー・コモン1階のカフェ・パンセにて懇親会が行われ、ヴォレンシュレーガー教授を中心に多様な交流が行われた。

講演の内容は、ヴォレンシュレーガー教授による2015年のドイツ国法学者大会の報告に基づくものであり、大変アップ・ツーデートかつ高度で緻密な、日本の公法学にも示唆深い議論が披露された。

当日配布された報告レジュメを次に掲載し、内容のアウトラインを示したい。

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger, Universität Augsburg

**Konstitutionalisierung und Dekonstitutionalisierung des
Verwaltungsrechts im Zeichen von Europäisierung und Emanzipation**

Ein gekürztes Manuskript zum Vortrag

- I. Allgemeines Verwaltungsrecht, Konstitutionalisierung, Entkonstitutionalisierung
- II. Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht: Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht!?
 1. *Allgemeines Verwaltungsrecht im Verfassungsrecht:
Verwaltungsverfassungsrecht*
 2. *Mehr als konkretisiertes Verfassungsrecht I:
Biperspektivität verwaltungsrechtlicher Systembildung*

3. *Mehr als konkretisiertes Verfassungsrecht II:*

Rahmencharakter der Verfassung

4. *Umkehr der Perspektive:*

Rückwirkungen auf das Verfassungsrecht

III. Relativierung und Behauptung des Grundgesetzes im Zeichen der Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts

1. *Relativierung des Grundgesetzes*

2. *Behauptung des Grundgesetzes*

IV. Relativierung und Behauptung des Grundgesetzes im Zeichen der Emanzipation des Allgemeinen Verwaltungsrechts

1. *Relativierung des Grundgesetzes*

2. *Behauptung des Grundgesetzes*

V. Fazit: Relativierung, aber kein konstitutioneller Verfallsbefund

当日は、ヴォレンシュレーガー教授による報告の後に、中西優美子一橋大学教授から、講演の背景である EU 法、ドイツ国法学の流れや現状まで含めた詳細なコメントがなされた。休憩を挟んだ後には、中西教授、中村民雄早稲田大学教授（所用のための中途退出のため、中西教授が代わりに質問）、フレデリケ・ツーフアル早稲田大学助教（当時）、横田明美千葉大学准教授から質問が出るなどして、活発な質疑応答が行われた。

以下のⅡ、Ⅲは、講演会に引き続くこれらの貴重なコメント及び質問の内容について、当日録音したテープの「テープ越し原稿」を、ご発言されたご本人にそれぞれ確認して頂き、ご本人から掲載の許可を得て講演会記事として掲載させて頂くものである。掲載にあたって、紙幅の関係や諸事情により、ヴォレンシュレーガー教授の質問への回答は割愛させて頂いた。

なお、中西教授のコメント中に「日本語資料（仮訳）」との記載があるが、これは、講演会当日に配布し、禁再配布・禁転載としたものであり、仮訳自体をここに掲載することはできないこととお断りしたい。また、「ドイツ語の方」

とは、当日配布されたヴォレンシュレーガー教授の報告用原稿である。この原稿も紙幅の関係もありここに掲載することはできないが、報告用原稿の全体構成および章立ては、先に挙げた当日レジュメと対応している。

コメントおよび質問内容の掲載にあたり、コメンテーター、ご質問者の先生方はじめ、本セミナー開催に向けて関わって下さった関係者各位の多大なるご尽力に心より感謝する次第である。最後になるが当日の録音のテープ起しについて、明治大学大学院法学研究科博士後期課程の院生（当時）である小出幸祐さんが、とても正確で丁寧なテープ起し原稿を作成してくれたことを記したい。テープ起こし原稿なくしては、本記録は作成できなかった。この場を借りて改めてその労に感謝の意を表する。

（以上文責：本セミナー企画・推進者 清野幾久子）

Ⅱ コメンテーター中西優美子教授（一橋大学・EU法）のコメント

コメンテーターをお願いしていた中西優美子教授（一橋大学・EU法）のコメント（日本語）は、次のとおりであった。

「私はEU法の研究をしておりますので、EU法の観点から解説とコメントを加えさせていただきます。皆様には日本語資料（仮訳）が配布されていると思います。その日本語資料の7ページ目以降を見ていただきたいと思います。最初にドイツ語の方、1ページ目の注釈欄にある星印〔*〕のマークがついています。「Der Beitrag beruht auf dem Referat des Verfassers auf der 75. Jahrestagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtler」とあります。これは2015年にドイツ国法学者大会がシュパイヤーでありました。その大会でWollenschläger先生はご報告をなさいました。ドイツ国法学者大会というのは非常に伝統があり、なかなか報告をさせてもらえないという貴重な大会です。Wollenschläger先生は若く、まだ40歳の御年齢で報告が回ってきたとのことで、ドイツでも非常に期待されている学者だと言えます。聞いた

ところによりますと、この報告のテーマはだいたい3年前にもうらしいのですが、3年間準備期間があってドイツ国法学者大会で報告するというので、綿密な準備をなされたということです。この星印のところに大会報告が掲載されたドイツの雑誌があるのですけれども、先生の報告原稿は187ページから264ページということで、100ページ近い論文を36ページにまとめられたのが今回の報告です。そして注もたくさん付いていますけれども、これも一部だということです。何故かという、ドイツ国法学者大会では報告の本文をあらかじめ提出しなければならず、その通りに読まなければならないということです。それゆえ不十分なところ、言えないところは全て注にいられるそうです。でするので、注が非常に長いということになっています。

今回のテーマは「EU 化および離脱の兆しにみるドイツ行政法の憲法化と脱憲法化」となっています。ドイツ行政法は非常に伝統のある法律ですけれども、ドイツは1952年に ECSC にはいって、それからずっと EC、いまは EU の構成国ですけれども、その構成国であることによって EU 法の影響を非常に受けているということです。いまドイツ行政法というのは、EU からの影響を受けたドイツ行政法ということです。ですから、第75回ドイツ国法学者大会では、Wollenschläger 先生はこういうテーマでしたが、他の先生方も EU 法に関連するようなテーマで報告をされました。私も同ドイツ国法学者大会に参加してきました。今回講演会にご参加されている、山本隆司先生、鈴木秀美先生の他にも数人の日本人の学者も参加して報告を聞きました。この報告の中のローマ数字Ⅰ、Ⅱというのは、行政法の一般的などころですので、解説は飛ばさせていただきます。それで、Wollenschläger 先生が重要だと言われていた、「Ⅲ、一般行政法の EU 化の兆しにみる基本法の相対化と維持」というところについて解説を加えさせていただきたいと思います。

また、もう1つのテーマであります「離脱」というのは（それはドイツ語のテキストでいいますと、28ページのところのローマ数字のⅣのところですね）、私はあまり聞いたことがありませんでした。そこで、Wollenschläger 先生にお会いした際に、基本法の離脱というふうなことはドイツではよく話されてい

るのですかと聞きましたら、そうではないということを言われました。それについては、Während die soeben erörterte Europäisierung ein zwar facettenreiches, aber etabliertes Phänomen beschreibt, ist nur selten von einer Emanzipation des Allgemeinen Verwaltungsrechts die Rede ということで、ドイツの行政法においても、憲法においても、「Emanzipation」という概念はあまり話されてこなかった、議論がなかったということでした。

それではEU法の、EU化の兆しにみる基本法の相対化と維持についてコメントをしたいと思います。7ページのローマ数字のⅢの第2段落にある「第一次法（EU Primärrecht）」ですが、これはどういうことかということ、EU条約とEU運営条約になります。これがEUの憲法にあたるわけです。そして、もう1つでてきます、Sekundärrecht っていうのがありますが、例えば8ページの上から5行目の「国内の基本権のうち同じように多様化したものとして理解された基本的自由、増大するEU基本権、及び基本権と基本的自由を具体化した第二次法が国内の基本法と競合する」と書いてあります。「第二次法」が何かといいますと、EUにはEU機関があります。欧州委員会が提案して、欧州議会と理事会が措置を採択しまして、これまで様々な措置っていうのが採択されてきています。それが第二次法ということになって、基本権に大きな影響を与えているということになります。

そして、一般的なところを言いますと、このEU行政法っていうのはまだありません。EU憲法っていうのは、EU条約とEU運営条約（リスボン条約は2009年の12月1日に発効しましたがけれども）、その他にEU基本権憲章っていうのがあります。この3つでEUの憲法を構成しています。憲法はありますが、EU行政法っていうのは存在しないのですね。でも、いま少しずつですけども、EUの中でも行政的な性質をもつものが、増えているということです。現在の動きとしてあるのは、EU内部における行政手続法の統一の試みというものが進んでいます。これは既に草案が公表されています。ただ、これはあくまでもEU行政法ではなくて、EUの機関に適用される手続法という形で、非常に限定された法規、事象の統一が試みられているという状況になっています。

そして、これまで EU 法によって、ドイツ法が非常に影響を受けていて、ドイツ連邦議会の影響力が少なくなっているということが指摘されておりました。だいたい、ドイツ議会で採択される法律の 60% が EU からきていと言われています。ですけれども、EU が持っている権限は 3 つに分けられます。立法権、行政権、司法権に分けられます。EU が持っているのは立法と、EU 法に関する裁判管轄権です。行政については、原則的に構成国に任されています。例えば、いろいろな法律が作られますが、それは EU レベルで作られるのですが、作られた EU の指令や規則を実施していくのが構成国になります。構成国のどこが実施するのかというと、構成国の行政機関が EU で作られた EU 法規を執行していくということになります。執行権限は構成国にあります。特にそのことについて書いているのが EU 運営条約 291 条でして、「実施は構成国が行う」と書かれております。

そして、〔日本語版〕7 ページのところに戻っていただきまして、「基本法の相対化」というところで 4 つのことが指摘されています。どういうことで相対化されるのかということが書かれていますが、第 1 として「基本法は、EU 化という点において、その基準としての機能を喪失する」というふうに書いてあります。「そのことからもはや国内の民主主義的原則（基本法 20 条 2 項）が及ぶものではない」というふうに書かれているんですが、これについて説明を少し加えたいと思います。

EU の機関は欧州委員会、欧州議会、理事会、裁判所っていうのがあるのですけれども、最近の傾向としては、さらに欧州委員会の下部機関である Agency っていうのが非常に数も増えてますし、実質的な権限も委譲されてきています。最近ですと、個人データ情報保護規則というのが採択されました。以前は個人データ保護指令だったのですけれども、指令よりもっと厳格な措置である規則が採択されたようですね。指令ですと、国内法が国内実施しないといけないので構成国の裁量に委ねられているのですけれども、規則になると統一的にすべての加盟国において適用されることになります。それで、個人データ情報保護規則の中に、データ保護の新しい監督機関の創設が規定されていま

す。あるいはユーロ危機の際に銀行同盟をはじめとしてユーロを規制する措置が採られました。その中では予算ですとか金融を規制する下部機関が軒並み創設されました。そういったものが Agency です。EU の中、そしてヨーロッパの中で問題となっているのが Agency における民主主義の不足、民主主義の正統化という問題です。そういうところが1つ挙げられます。

第2のところ、〔日本語版〕8 ページにいきますけれども、第2に「EU 化により、EU 法の基準は、基本法と肩を並べるようになる。EU 法がより厳格なものであることが明らかになれば、基本法は、事実上その基準としての機能を喪失する」というふうに書いてあります。やはり個人情報データ保護とか、非常に詳しく細かな規定が、構成国レベルよりも EU 法のレベルの方がより高度な基準が規定される場合が起きています。そういったものになれば、法規の場合だけではなくて裁判判例においてもみられる傾向ですけれども、ドイツの裁判所の判例よりも EU の裁判所の判例のほうがより基本権の保護が高い場合も出てきているんですね。

そして、〔日本語版〕8 ページの「2.基本法の維持」のところで、「EU の民主主義原理からは、構成国内の行政官庁の権限に関する一般的な要求は導き出されないし、EU 基本権が構成国内の行政作用を包括的に拘束するわけでもない（欧州連合基本権憲章 51 条 1 項 1 文）」とありますけれども、欧州連合基本権憲章はリスボン条約によって拘束力を与えられまして、EU 条約や EU 運営条約と同じ価値、同じ法的意義を与えられたわけです。それではこの EU 基本権憲章が常に適用されるかということ、そうではなくて、EU の機関に対しては常に適用されるのですけれども、構成国に対しては構成国が EU 法を実施するときに適用されるということで、常にはないということの意味しています。それが「EU 基本権が構成国内の行政作用を包括的に拘束するわけでもない」というところの説明になります。そして、これから少し、いくつか質問の方に入っていきます。」

Ⅲ 中西教授による質問およびフロアからの質問

以下は、中西教授のコメントに引き続いての質問およびフロアからでた質問である。

- 1 中西教授からの質問（当日は、まず中西教授自身によってドイツ語で、ついで中西教授が自ら日本語に翻訳して質問）

中西教授

「今回の御講演では EU 法によってドイツの基本法が相対化されているということを示された。私の質問は逆にドイツ法から EU 法に影響を与えていることもあるのではないかとということで、2つの例をあげました。EU 基本権憲章ですけれども、これは先日お亡くなりになった Roman Herzog という元ドイツ連邦大統領であり元連邦憲法裁判所長官であったのですけれども、この Herzog 氏が European Convention の長となって EU 基本権憲章をまとめあげられましたので、ドイツの影響が非常に大きいものとなっているということを言いました。もう1つですけれども、これは本当によく言われている、実際に非常に大きな影響力を持っていると感じるのが比例性原則ですね。皆さんもご存知の通りですけれども、ドイツの行政法ですとかドイツの憲法においてはなくてはならない非常に重要な原則が、今では EU 法の中でもない、はならない原則になっているということを申しました。」

中西教授

「日本語でやらせていただきたいと思います。中村民雄先生が都合により帰されましたが、中村先生は、早稲田大学の EU 法の権威でして、私も色々と御指導をいただいております。先生の質問が聞けなくて残念だと言いましたら、OMT 判決について代わりに質問してほしいと言われたので、代わって質問いたします。どういうことかっていうと、ユーロ危機が起きましたよね、ユーロ危機の際に何とかして EU はこの危機を乗り越えようとしたわけです。そこ

で考えられたのが OMT プログラムというものです。それは市場で国債を無制限に購入するという決定です。そういった決定を出すことが欧州中央銀行の権限の中に入るのかどうかの問題になったわけです。ドイツの連邦憲法裁判所に憲法異議が出されまして、権限踰越行為に当たるのではないかと判断をした。

ドイツ連邦憲法裁判所がそれまで先決裁定を求めてこなかったわけです。EU 運営条約 267 条に先決裁定は最終審の裁判所は求めなければならないという規定があるのですが、まったく求めてこなかったんですね。ですが、この事件については初めて求めたという事件でした。その時に EU 司法裁判所がどういう判決を下したのかというと、EU 司法裁判所はドイツ連邦憲法裁判所の見解とは違って、EU の権限の中に入るといった。ですので、ドイツ連邦憲法裁判所は先決裁定を受けてどういう最終判決を下すのかが非常に関心を集めたのですけれども、結局、ドイツ連邦憲法裁判所は権限踰越行為ではないということで EU 司法裁判所に従う形で決着を付けました。ドイツ連邦憲法裁判所から EU 司法裁判所、また EU 司法裁判所からドイツ連邦憲法裁判所というふうに裁判所の対話というのが行われたのですね。これは今日のテーマであるドイツの行政法にどういった意味を与えるのかといった質問です。」

2 フレデリケ・ツーファル (Frederike Zufall) 助教 (当時) (早稲田大学高等研究所, IT 法, EU 法) からの質問 (当日はツーファル助教がドイツ語で以下のように質問し, 後日ツーファル助教によって日本語へ翻訳)

“In Japan ist es traditionell so, dass die Rechtsgebiete des Verfassungs- und Verwaltungsrechts streng getrennt voneinander betrachtet werden. Dies spiegelt sich auch in einer klaren Trennung der jeweiligen Lehrstühle wider. Anknüpfend an Ihren Vortrag möchte ich daher die Frage aufwerfen, inwieweit hier ein möglicher Grund für die bisher fehlende Diskussion oder Anerkennung der “Wesentlichkeitstheorie” in der japanischen Rechtswissenschaft liegen mag.”

「日本とドイツとの相違として、日本では伝統的に憲法と行政法の分野がはっ

きり分かれていて、大学の講座もそのように分離していることがあげられます。今日の講演を聞いて、この憲法と行政法の分離が、日本の法律学において、本質性理論（Wesentlichkeitstheorie）があまり議論されてこなかった理由といえるのではないかと思います、いかがでしょうか。」

3 横田明美准教授（千葉大学、行政法）からの質問

「行政法を専攻しています。私は義務付け訴訟を研究しておりますが、最近ドイツにおけるデータ保護団体訴訟に取り組みたいと考えております。今日の御報告との関係で申し上げますと、ドイツのデータ保護監督機関の独立性について、EUに見直しを迫られたという文脈があったと思います。そのことについてですが、これは『EUの方が厳しい基準をおいていたのでドイツが再考を迫られた』というふうにご理解されているのでしょうか。もう1つの質問は、先ほどの解説の方であったEU一般データ保護規則になった後の国内法化の状況について確認したいです。EU一般データ保護規則には開放条項がかなり多くて、ドイツではこれを埋めるための、法の欠缺を埋めるための立法がなされていると聞き及んでいます。結局のところ、『EU法レベルでは最低の基準を持っている構成国のレベルに合わせざるを得ない』という印象を受けているのですが、そのことについて伺いたいです。」